

FAKULTÄT FÜR
RECHTSWISSENSCHAFT

Universität Regensburg · D-93040 Regensburg

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Sozialrecht und Gesundheitsrecht

Prof. Dr. Thorsten Kingreen

Telefon +49 941 943-2607

Telefax +49 941 943-3634

E-Mail: thorsten.kingreen@jura.uni-regensburg.de

Universitätsstraße 31

D-93053 Regensburg

Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Angesichts der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit – zwischen dem Versand des Gesetzentwurfs und dem Ende der Stellungnahmefrist liegen nicht einmal 48 Stunden – muss sich die nachfolgende Stellungnahme auf knappe Ausführungen zu zwei der vorgeschlagenen Änderungen beschränken.

I. Art. 1 Nr. 3 des Gesetzesentwurfs (= § 5 IfSG)

Die vorgeschlagenen Änderungen knüpfen an die grundlegende Neufassung des § 5 Abs. 2 IfSG im Gesetz vom 27.03.2020 (BGBl. I S. 587) an, der dem Bundesminister für Gesundheit bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite weitreichende Anordnungs- und Rechtsverordnungsermächtigungen einräumt.

1. Die Unterscheidung zwischen Anordnungen und Rechtsverordnungen in § 5 Abs. 2 IfSG ist unklar und führt zu verfassungsrechtlichen Problemen.

a) Mit Anordnungen sind offenbar Verwaltungsakte gemeint, die vermutlich als Allgemeinverfügungen (§ 35 S. 2 VwVfG) gegenüber einreisenden Personen (Nr. 1) und Beförderungsunternehmen (Nr. 2) ergehen sollen. Eine solche Anordnung durch das Bundesministerium für Gesundheit ist unter dem 08.04.2020 bereits ergangen. Ob eine solche „direkte Ministerialverwaltung" durch Verwaltungsakte zulässig ist, ist höchstrichterlich nicht geklärt. Sie wird im verfassungsrechtlichen Schrifttum mit der Begründung für verfassungswidrig gehalten wird, dass die Bundesverwaltung nur nach Maßgabe der Ausnahmevorschrift des Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG zulässig ist (*Sachs*, in: Sachs [Hrsg.], Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 69).

b) Dieses verfassungsrechtliche Problem ließ sich noch vergleichsweise leicht ausräumen: Es sollte – vorbehaltlich der unter 2. zu behandelnden Grundsatzbedenken – die Unterscheidung zwischen Anordnungen und Rechtsverordnungen aufgegeben werden. Es erschließt sich nicht, warum der Bundesminister für Gesundheit in einigen Teilbereichen durch Einzelanordnungen soll handeln dürfen, in anderen durch Rechtsverordnung. Diese Unterscheidung führt zu nicht einsichtigen Differenzierungen beim Rechtsschutz und wirft die unter a) genannten bundesstaatlichen Bedenken auf. Sie ist auch in der Sache nicht erforderlich: Die Anordnung vom 08.04.2020 hat der Sache nach ohnehin den Charakter einer Rechtsverordnung und die konkreten Einzelmaßnahmen gegen Reisende und Beförderungsunternehmen werden ja nicht durch das Ministerium selbst erfolgen, sondern durch die zuständigen Behörden vor Ort. Diese Anordnungen könnten dann auf der Grundlage der ministeriellen Rechtsverordnung ergehen.

§ 5 Abs. 2 IfSG sollte daher durchgängig zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen. Eine Zustimmung des Bundesrates ist nicht erforderlich, wenn diese, wie dies in den Nummern 3-5 sowie 7 und 8 des § 5 Abs. 2 IfSG bereits geschehen ist, durch Bundesgesetz ausgeschlossen wird (vgl. Art. 80 Abs. 2 GG: „vorbehaltlich bundesgesetzlicher Regelung"); dieses Gesetz selbst bedarf aber der Zustimmung des Bundesrates.

2. Schon bislang enthält § 5 Abs. 2 Nr. 3-8 IfSG die Befugnis des Bundesministers für Gesundheit, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates abweichende Regelungen von diversen Bundesgesetzen und Regelungen der gemeinsamen Selbstverwaltung im Bereich des SGB V und SGB XI zu treffen. Trotz der erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken, die sich gegen diese Regelungstechnik wenden, soll dieser Katalog nun nochmals erweitert werden. Insbesondere soll § 5 Abs. 2 Nr. 10 IfSG nun dazu ermächtigen, abweichende Regelungen von den Berufsgesetzen der in einem neuen § 5 Abs. 2 S. 2 IfSG genannten Gesundheitsfachberufe zu erlassen. Diese Abweichungsbefugnis umfasst weite Bereiche des Ausbildungsrechts und mit dem Prüfungsrecht auch einen ausgesprochen grundrechtsrelevanten Bereich. Auch die anderen Rechtsverordnungsermächtigungen ermöglichen zum Teil gravierende Grundrechtseingriffe, ohne dass dies hier in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit im Einzelnen ausgeführt werden könnte.

a) Gegen diese Selbstentmächtigung des Bundestages ist schon Ende März 2020 verbreitet verfassungsrechtliche Kritik geäußert worden; ich verweise insoweit der Einfachheit halber auf die Nachweise in der Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages vom 02.04.2020 (WD 3-3000-080/20), der sich dieser Kritik vollumfänglich anschließt. Anknüpfungspunkt der Kritik ist meist Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, der Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen nur zulässt, wenn das ermächtigende Gesetz, Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmt.

b) Meines Erachtens verharmlost dieser Prüfungsmaßstab das Problem eher noch. Art. 80 Abs. 1 GG regelt die Anforderungen an Bundesgesetze, die durch Rechtsverordnungen konkretisiert werden. Die hier in Rede stehenden Rechtsverordnungen sollen die Gesetze aber nicht konkretisieren, sondern konterkarieren. Eine solches Notverordnungsrecht tangiert mit Art. 20 Abs. 2 und 3 GG die Staatsfundamentalprinzipien unseres Grundgesetzes, die auch durch Änderungen des Grundgesetzes nicht beseitigt werden dürfen (Art. 79 Abs. 3 GG):

(1) Nach dem in Art. 20 Abs. 3 GG verorteten Rechtsstaatsprinzip ist die vollziehende Gewalt „an Recht und Gesetz gebunden". Das gilt selbstverständlich auch für den Bundesminister für Gesundheit. § 5 Abs. 2 IfSG versetzt ihn aber nunmehr in die

Lage, das Recht und das Gesetz, an das er gebunden ist, zu suspendieren und durch eigenes Recht zu ersetzen. Damit wird zugleich die Gewaltenteilung zwischen den Gesetze erzeugenden Organen der Gesetzgebung und einer gesetzesgebundenen Verwaltung in einer Weise durchbrochen, die unter dem Grundgesetz ihresgleichen sucht. In der parlamentarischen Demokratie des Grundgesetzes obliegt die Gesetzgebung allein Bundestag und Bundesrat und sind Gesetze auch für die Regierung bindend.

(2) Für Grundrechtseingriffe gilt zudem der im Demokratie- und Rechtstaatsprinzip (Art. 20 Abs.- 2 und 3 GG) zu verortende Parlamentsvorbehalt: Danach muss der Gesetzgeber „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst … treffen“ (BVerfGE 61, 260/275), d. h. er darf sie nicht an die Verwaltung delegieren. Der Parlamentsvorbehalt „stellt sicher, dass die Grenzen zwischen zulässigem und unzulässigem Grundrechtsgebrauch, zwischen zulässiger und unzulässiger Grundrechtseinschränkung *nicht fallweise nach beliebiger Einschätzung von beliebigen Behörden* oder Gerichten, sondern primär – in der Form eines allgemeinen Gesetzes – durch den Gesetzgeber gezogen werden“ (BVerfGE 133, 112/132; Hervorhebung nur hier). Der Schutz der Grundrechte ist der wesentliche Grund dafür, dass auch das Gesundheitsrecht parlamentsgesetzlich normiert ist. Es schützt, beispielsweise mit dem Arzneimittelgesetz, das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), regelt im Apothekengesetz die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Apotheker und im Ausbildungs- und Prüfungsrecht den gleichberechtigten Berufszugang (Art. 12 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG). Alle diese Regelungen werden nun ohne nähere Einschränkungen in einer Weise zur vollständigen Disposition des Bundesministers für Gesundheit gestellt, als gäbe es den Parlamentsvorbehalt nicht mehr. Besonders hervorzuheben ist, dass der Bundesminister für Gesundheit nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 IfSG auch „von den Vorschriften dieses Gesetzes“ abweichen darf. Alles was also in diesem Gesetz vom Deutschen Bundestag in den nächsten Tagen beschlossen werden darf, unterliegt damit der Dispositionsbefugnis des Ministeriums; es muss nur – was nicht schwerfallen dürfte – begrün-

den, dass die Abweichung dazu dient, „die Abläufe im Gesundheitswesen und die Versorgung aufrecht zu erhalten“. Der Bundesminister für Gesundheit kann morgen wieder ändern, was der Bundestag heute beschließt.

c) Zwar treten nach § 5 Abs. 4 S. 1 IfSG die meisten Rechtsverordnungen, die auf dieser verfassungswidrigen Rechtsgrundlage beruhen, mit Ablauf des 31.03.2021 außer Kraft. Aber das soll jetzt erstens nicht mehr für alle Rechtsverordnungen gelten (s. § 5 Abs. 4 S. 2 IfSG) und zweitens bleibt davon ja die gesetzliche Ermächtigung als solche unberührt. Sie bleibt so lange bestehen, bis sie der Bundestag wieder aufhebt. Das ist zu empfehlen. Sollte dies aber in der Kürze der Zeit nicht möglich sein, sollte § 5 IfSG im Sinne des Änderungsantrages der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Ausschussdrucksache 19(14)162.1) durch einen Absatz 3a ergänzt werden, der Informationsrechte und Aufhebungsansprüche von Bundestag oder Bundesrat vorsieht. Damit könnten beide Organe zumindest sicherstellen, dass sie die Hoheit über die Gesetzgebung behalten.

II. Art. 1 Nr. 15 a) des Gesetzesentwurfs (= § 23a S. 1 IfSG)

Der vorgeschlagene § 23a S. 1 IfSG unterscheidet zwischen dem Impf- und Serostatus eines Beschäftigten.

Der Serostatus bezeichnet die An- oder Abwesenheit spezifischer Antikörper im Serum. § 23a IfSG betrifft zwar Datenübermittlungspflichten des Arbeitgebers. Die Tatsache, dass dazu auch der Serostatus gehören kann, belegt aber, dass der Gesetzgeber diesem Status zukünftig Bedeutung beimessen könnte, wenn bei sog. Seropositivität nach überstandener Erkrankung eine Ansteckung ausgeschlossen sein sollte. Daraus kann die Frage abgeleitet werden, ob Maßnahmen der Gefahrenabwehr ebenfalls nach diesem Status differenzieren dürfen oder sogar müssen.

Nach allgemeinem Gefahrenabwehrrecht dürfen Personen, die nicht für eine Gefahr verantwortlich sind, grundsätzlich nicht in Anspruch genommen werden. Etwas anderes gilt nur bei gegenwärtiger erheblicher Gefahr und nur dann, wenn Maßnahmen gegen die Verantwortlichen (hier also Menschen ohne positiven Serostatus) nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen, die Behörden die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig selbst oder durch Beauftragte abwehren können und wenn die Personen ohne erhebliche

eigene Gefährdung und ohne Verletzung höherwertiger Pflichten in Anspruch genommen werden können, vgl. nur beispielhaft Art. 9 Abs. 3 BayLStVG.

Das Infektionsschutzgesetz könnte von dieser allgemeinen gefahrenabwehrrechtlichen Regel in verfassungsrechtlich zulässiger Weise abweichen, wenn es hinreichende Gründe dafür gäbe, dass Differenzierungen zwischen seropositiven und -negativen Personen nicht praktikabel sind oder andere, auch ethische, Bedenken aufwerfen sollten.

Aber die Frage der Inanspruchnahme von Nichtverantwortlichen bedarf zumindest einer ausdrücklichen Regelung. Alle Eingriffsgrundlagen des IfSG sind nämlich bislang an „Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider“ (etwa § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG) adressiert, enthalten aber keine Aussagen darüber, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen auch Nichtverantwortliche in Anspruch genommen werden dürfen. Derartige Regelungen sind vor allem deshalb dringlich, weil die auf der Grundlage von § 28 und § 32 IfSG ergriffenen Maßnahmen Grundrechtseingriffe in einer bislang einmaligen Streubreite und Eingriffstiefe erzeugt haben. Gerade im Infektionsschutzrecht sind daher die Anforderungen an gesetzliche Bestimmtheit hoch. Beispielsweise gibt es auch für die derzeit angeordnete ausnahmslose 14-tägige Quarantäne nach Einreise in das Bundesgebiet keine hinreichend präzise Rechtsgrundlage. Die Quarantäneanordnung wird bislang noch auf § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG gestützt, der aber nur dazu ermächtigt, Kranke sowie Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider in einem geeigneten Krankenhaus oder in sonst geeigneter Weise „abzusondern“, aber nicht pauschal jeden, der in das Bundesgebiet einreist.

Das infektionsschutzrechtliche Gefahrenabwehrrecht bedarf daher vor den Erfahrungen der vergangenen Woche einer grundlegenden Neuregelung. Es geht dabei nicht nur um Fragen der gefahrenabwehrrechtlichen Verantwortlichkeit, sondern es müssen insgesamt hinreichend präzise Eingriffsermächtigungen geschaffen werden, die insbesondere auch Zulässigkeit und Grenzen flächendeckender Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen zu regeln haben werden, die beinahe alle Grundrechte des Grundgesetzes tangieren.

III. Empfehlungen

1. Die Unterscheidung zwischen Anordnungen und Rechtsverordnungen in § 5 Abs. 2 IfSG sollte aufgegeben werden. Zulässig ist allein die Ermächtigung des Bundesministers der Gesundheit zum Erlass von Rechtsverordnungen, die durch Anordnungen der zuständigen Behörden vor Ort konkretisiert werden können

2. Alle Bestimmungen, die den Bundesminister für Gesundheit ermächtigen, durch Rechtsverordnungen von Parlamentsgesetzen abzuweichen, sind wegen ihrer Unvereinbarkeit mit dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG) aufzuheben. Kurzfristig sollte zumindest vorgesehen werden, dass solche Rechtsverordnungen Bundestag und Bundesrat vor ihrer Bekanntmachung zuzuleiten sind und auf Verlangen des Bundestages oder des Bundesrates wieder aufgehoben werden.

3. Das infektionsschutzrechtliche Gefahrenabwehrrecht (Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, §§ 15a-32 IfSG) muss grundlegend überarbeitet werden; insbesondere muss geregelt werden, ob und unter welchen Voraussetzungen auch solche Personen infektionsschutzrechtlich in Anspruch genommen werden dürfen, von denen keine Ansteckungsgefahr ausgeht. Dieses Vorhaben setzt allerdings eine zivilgesellschaftliche Diskussion und multidisziplinäre wissenschaftliche Vorbereitung und Begleitung voraus. Es sollte in einem nächsten Gesetzgebungsverfahren angegangen werden, das nicht unter Aktualitätsdruck steht oder gestellt wird.

Regensburg, 07.05. 2020

Prof. Dr. Thorsten Kingreen